



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

INFORME SECRETARIAL. Bogotá D.C. Cinco (05) de Marzo de Dos Mil Veintiuno (2021).
En la fecha, pasa al despacho del Acción de Tutela **2021 - 00045**. Sírvase proveer.

Bogotá D. C. Nueve (09) de Marzo de Dos Mil Veintiuno (2021).

ACCIÓN DE TUTELA No. 110013105033 <u>2021 00045 00</u>			
ACCIONANTE	María Mercedes Vargas Cabeza	DOC. IDENT.	28.149.379
ACCIONADA	NUEVA EPS		
DERECHO	SEGURIDAD SOCIAL, SALUD Y VIDA DIGNA		
PRETENSIÓN	<i>ORDENAR a NUEVA EPS, que, en el término de las 48 horas siguientes al fallo de tutela, efectivamente brinde a MARIA MERCEDES VARGAS CABEZA la atención continua del servicio de salud para su tratamiento de manera ininterrumpida por parte de los especialistas que la trataron y operaron en el Hospital Universitario San José durante el tiempo que lo requiera su tratamiento o hasta que el médico tratante lo determine.</i>		

ANTECEDENTES

MARÍA MERCEDES VARGAS CABEZA, actuando mediante su hija MARIA DANIELA GÓMEZ VARGAS, presentó solicitud de tutela contra LA NUEVA EPS, invocando la protección de sus derechos fundamentales de **SEGURIDAD SOCIAL, SALUD, VIDA DIGNA e INTEGRIDAD PERSONAL**, los cuales considera vulnerados por cuanto la NUEVA EPS no ha brindado a la señora Vargas Cabeza tratamiento integral.

Para fundamentar su solicitud, la accionante relata los siguientes:

I. HECHOS.

- 1) El viernes 30 de octubre de 2020 la señora María Mercedes Vargas cabeza fue hospitalizada en el Hospital Infantil universitario de San José por su deteriorado estado de salud, había dejado de comer y tomar agua desde el domingo 25 de octubre y sangró por la nariz ese mismo día, consecuencia de un golpe en la cabeza derivado de una caída.
- 2) Como resultado de una Tomografía Computarizada de Cabeza -TAC-, el médico tratante encontró presente una masa en la base del cerebro, luego de una serie de exámenes y resonancias magnéticas, un cuadro hormonal completo y la valoración de una junta médica, el 7 de diciembre a mi mamá le realizaron los siguientes procedimientos: resección de tumor de base de cráneo por vía transesfenoidal, una corrección de fístula del LCR por duroplastia, una etmoidectomía anterior y posterior vía endoscópica, una esfenoidectomía vía transnasal endoscópica y una corrección de fistula LCR en base de cráneo, todo lo anterior en un Abordaje Endonasal Endoscópico.
- 3) Los resultados patológicos clasificaron la masa como un tumor de hipófisis, concretamente un adenoma de hipófisis secretor de ACTH, con esto se determinó que el tumor podría haber sido promotor de la diabetes tipo II, hipertensión, falla renal, síndrome de cushing, hipotiroidismo, pérdida de peso, pérdida de cabello, hipopotasemia y otras dolencias que venía presentando, como debilitamiento en el tono muscular, falta de movilidad e incapacidad para caminar.
- 4) Que este tipo de tumores son de lento crecimiento, no fue consecuencia de la caída, y mi madre no presentó síntomas como pérdida de la visión o dolores de cabeza, por lo que no se sabe desde cuando lo tenía en el cuerpo.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

- 5) Debido a que durante la operación el neurocirujano pudo observar el tamaño del tumor y lo que había alcanzado a abarcar se retiró de manera parcial, pues el tumor se infiltró en el hueso esfenoidal clivus, silla turca y estructuras óseas adyacentes
- 6) Que la accionante requiere de un tratamiento continuo y controles con los especialistas de endocrinología y neurocirugía que la trataron y operaron para determinar el tratamiento a continuar para dar manejo y control a la parte del tumor que continúa alojado en la base del cráneo.
- 7) Que el día 6 de enero de 2021 ordenaron salida a la accionante, no obstante sigue en cama y no ha recuperado la capacidad para siquiera sentarse; las citas de control le fueron remitidas a la Fundación Cardio Infantil, en donde los especialistas no conocen todo el trayecto, tratamiento y la cirugía que le fue practicada en el Hospital Universitario San José, por lo tanto ha tenido que comenzar desde cero para que la valoren y realicen sus exámenes físicos, situación que se dificulta aún más porque la accionante no puede levantarse de la cama.
- 8) Actualmente su hija María Daniela Gomez Vargas no cuenta con los medios físicos y económicos para llevar a su madre a las citas médicas laboratorios y controles, que si bien ha tenido citas vía telefónica hay sitios que requieren su presencia y exámenes de laboratorio para los que es necesario llevarla, situación dificultosa porque María Daniela no cuenta con los recursos para obtener una silla de ruedas ni un vehículo para transportarla. Adicionalmente la NUEVA EPS no ha realizado la diligencia de tomar sus exámenes de sangre a domicilio tales como :
 - Hemografía IV con histograma met automático
 - Nitrogeno ureico BUN/r
 - Creatinina en suero y en otros fluidos-Sodio/r
 - Potasio/r-Cloro
 - Magnesio/r
 - Resonancia magnética de columna cervical simple
 - Resonancia magnética de columna toracica simple
 - Resonancia magnética de columna lumbosacra simple
 - Resonancia magnética de base de cráneo o silla turca
- 9) Que la accionante requiere terapias físicas y de fonoaudiología un ordenadas pero la nueva e PS no ha tramitado la autorización a Innovar Salud para la continuidad de las terapias físicas.
- 10) Que la accionante fue valorada con 10 puntos de dependencia total en la escala de Barthel por lo que depende totalmente de terceros, está en cama y requiere usar pañales pañitos húmedos y curaciones de una escara interglútea.
- 11) La urgencia de la continuidad del tratamiento del accionante radica en que su enfermedad es de un manejo complejo y todavía no se le han practicado los exámenes médicos, laboratorios y resonancias magnéticas para que los neurocirujanos y especialistas puedan estudiar cómo quedó luego de la cirugía.
- 12) Que María Daniela Gómez Vargas es hija única y única cuidadora de la accionante que para transportar a su madre requiere de un vehículo apto para silla de ruedas ya actualmente civilidad de movilizarla.
- 13) Que el padecimiento diagnosticado al accionante Adenoma Hipofisario Secreto esta está catalogada como una enfermedad rara.
- 14) Que la nueva e PS alega que por temas administrativos y de contratación no tiene convenio de consultas y controles con el hospital San José situación que ha afectado el tratamiento y seguimiento del Estado de salud de la accionante.



- 15) Que actualmente María Daniela Gomez Vargas no cuenta con la capacidad material y económica para acompañarla día a día pues debe trabajar para poder apoyar económicamente los gastos del cuidado de su madre.
- 16) Que el ingreso de la accionante por pensión en Colpensiones es de \$726.820 y actualmente sufragan deudas bancarias, el valor que el banco descuenta cada mes es de \$118.362. Adicionalmente en la misma entidad bancaria María Daniela paga una deuda de \$6'568.025.
- 17) Los gastos de arriendo son de \$550.000 y por servicios públicos pagan \$205.000 de manera mensual, para gastos de alimentación y elementos de aseo cuentan con el aporte económico de María Daniela hija de la accionante.
- 18) Que María Daniela hija de la accionante debe continuar estudiando y no ha podido continuar con el tratamiento médico de su madre por los inconvenientes que representa el hecho de que no la han podido ver los especialistas que la trataron en el Hospital Universitario San José, pues no cuenta con los medios para transportarla.
- 19) Que la accionante requiere de un cuidado permanente por 12 horas no puede levantarse de la cama y por eso requiere de cambios de posición para evitar lesiones en la piel y el suministro de sus medicamentos y alimentación.

INTERVENCIÓN DE LA ACCIONADA.

Mediante respuesta vía correo electrónico el DPS adjunta comunicación de fecha 1 de diciembre de 2020 dirigida a la accionante en la que se le indica:

(...)

Es así, que el criterio jurídico no puede reemplazar el criterio médico, así las cosas, el juez de tutela no está facultado para ordenar prestaciones o servicios de salud sin que medie orden del médico, quien tiene el criterio para ordenar el tratamiento adecuado para tratar la patología presentada, es decir, no puede sustituir los conocimientos y criterios de los profesionales de la medicina y, por contera, ponga en riesgo la salud de quien invoca el amparo constitucional.

Ahora bien, frente a cada caso particular, si se llegara a demostrar una necesidad extrema de la prestación del servicio, sin que medie orden médica, es necesario que, el Juez constitucional de manera previa ordene respectiva valoración del médico tratante para que el mismo determine la necesidad del servicio, ello de conformidad con lo establecido en el Artículo 6 de la Ley estatutaria para la salud número 1751 de 2015 respecto al principio de calidad e idoneidad¹. En el mismo sentido, si no median ordenes médicas, no existe fundamento que de origen a la vulneración de un derecho fundamental.

(...)

Ahora bien, teniendo en cuenta lo estipulado por el artículo 2.5.3.10.16 del Decreto Único Reglamentario del Sector Salud 780 de 2016, la prescripción médica también tiene un término de vigencia que atiende a los criterios de oportunidad, seguridad y calidad², es así que en concepto 201842301119952 del 30 de julio de 2018, el Ministerio de Salud, señaló:

“Expuesto lo anterior y frente al tema objeto de consulta, debe señalarse que la normativa que regula el Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS, no ha establecido de forma expresa cuánto tiempo de vigencia tiene un paciente o su familiar para reclamar un medicamento, lo que se ha previsto es que la entrega del mismo debe hacerse de manera completa, oportuna e inmediata, contemplándose además, que las fórmulas de medicamentos tendrán una vigencia no inferior a un mes, desde su fecha de expedición, tal y como lo prevé para esto último el numeral 1 del artículo 10 de la Resolución 4331 de 2012”.

(...)



(...)

Los elementos de protección personal como lo son: cuidador, pañales talla L ultra absorbentes, guantes, elementos de curación, pañitos húmedos, e transporte apto para silla de ruedas, están excluidos expresamente por la Resolución 244 de 2019 en concordancia con la Resolución 2481 de 2020. Los anteriores si bien pudieran ser requeridos por la paciente, son para su protección personal diaria, no son parte de un tratamiento médico. Por lo tanto, no están llamados a prosperar. De ser así, se contribuiría con el desfinanciamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud y generaría desprotección a la destinación específica de los recursos del sistema.

(...)

Por lo tanto, se debe tener en cuenta si para el presente caso existe orden médica vigente, expedida con los requisitos legales descritos. Así mismo, en caso de que el medicamento objeto de amparo no se encuentre incluido en el Plan de Beneficios de Salud, solicito a su señoría se tenga en cuenta el trámite establecido para la autorización y entrega de este, o de determinar la inexistencia de este, permita que el médico tratante evalué la posibilidad de cambio.

(...)

Una vez puesto en consideración, lo establecido y reglamentado en materia de pañales, de manera respetuosa se solicita al despacho que estudie de manera previa la existencia de orden médica que prescriba el insumo de salud y si basado en el IBC de la accionante su grupo familiar, es procedente su reconocimiento

(...)

Como se ha demostrado, no son procedentes las prescripciones médicas que se encuentran en el expediente. no obstante, los pañitos húmedos no constituyen una prestación de salud, por mandato expreso de la nota externa con radicado no. 201433200296233 del 10 de noviembre de 2014 proferida por el ministerio de salud y protección social, "prestaciones suntuarias y servicio exclusivamente cosméticos se aplica art 154 ley 1450 de 2011 y no procede el recobro salvo fallo de tutela de acuerdo con lo definido en la presente nota externa." no puede ser financiada con recursos del sistema general de seguridad social en salud, constituye una función familiar, y subsidiariamente un deber en cabeza de la sociedad y el estado pero no con cargo a los recursos del sistema de salud, los cuales tienen una destinación específica. por lo tanto, dicha solicitud no está llamada a prosperar.

(...)

La parte accionante no prueba que el núcleo familiar tenga incapacidad alguna para acarrear con el cuidado en virtud del principio de solidaridad que obliga a su núcleo familiar. Por lo tanto, las pretensiones no están llamadas a prosperar. En este sentido su señoría solicito se tenga en cuenta la capacidad económica de la familia del accionante toda vez que se encuentran en el Régimen Contributivo y tienen capacidad de pago. Por consiguiente, no es procedente el reconocimiento de lo solicitado. En ese orden de ideas, de no tenerse en cuenta los parámetros establecidos respecto de la solidaridad familiar y lo citado por la jurisprudencia, se está ante el desfinanciamiento del Sistema, por lo que se estará otorgando una carga excesiva que desconoce el interés general y el principio de equidad frente a los afiliados que si requieren de los servicios.

(...)

EL SERVICIO DE CUIDADOR AL NO CONSTITUIR UNA PRESTACIÓN DE SALUD, POR MANDATO EXPRESO DE LA NOTA EXTERNA CON RADICADO NO. 201433200296233 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2014 PROFERIDA POR EL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, "Servicio no propios del ámbito de salud se aplica art 154 ley 1450 de 2011 no procede recobro salvo fallo de tutela de acuerdo con lo definido en la presente nota externa" NO PUEDE SER FINANCIADA CON RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, PUES CONSTITUYE UNA FUNCIÓN FAMILIAR, Y SUBSIDIARIAMENTE UNDEBER EN CABEZA DE LA SOCIEDAD Y EL ESTADO PERO NO CON CARGO A LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SALUD, LOS CUALES TIENEN UNA DESTINACIÓN ESPECÍFICA.

(...)

14. FRENTE A LA AUTORIZACIÓN DE TRANSPORTE, ALOJAMIENTO Y VIÁTICOS PARA UN ACOMPAÑANTE



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

Nueva EPS, no puede acceder a que se autorice el transporte para un acompañante cuando no acredita los presupuestos que la Corte Constitucional estableció para su reconocimiento y los ha reiterado en su jurisprudencia⁴, como son:

- “(i) El paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento;*
- (ii) Requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas; y,*
- (iii) Ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado”*

15. FINANCIAMIENTO DE TRANSPORTE AMBULATORIO

La solicitud hecha por el accionante no se encuentra incluida como un servicio financiada con recursos a cargo de la UPC, por lo que no corresponde a la entidad promotora de salud proporcionarlas a sus afiliados.

Dicho lo anterior, concluye:

Es así, que, frente al tratamiento integral, el juez constitucional debe verificar que, en efecto, una solicitud de este tipo tenga sustento en los presupuestos fácticos y que esté involucrada la responsabilidad de la accionada. Las órdenes dirigidas a las entidades deben corresponder a sus acciones u omisiones, pero en el caso de la referencia no se precisa cuál es la conducta de la EPS que se reprocha. El requerimiento de la parte accionante, sus razones y las explicaciones, giraron en torno a la dificultad de sufragar el costo de sus desplazamientos, no en una ausencia de tratamiento. Por consiguiente, se debe determinar si el usuario cumple con las condiciones o sub-reglas establecidas por la Corte Constitucional para el amparo del tratamiento integral solicitado. Lo anterior haciendo énfasis, en la inviabilidad de acceder desmesuradamente a tratamientos integrales a los accionante en proporcionalidad con el principio de solidaridad y el deber de financiamiento del sistema.

II. PROBLEMA JURÍDICO.

Estima el Despacho que el problema constitucional que deriva de las situaciones fácticas puestas en conocimiento por las partes consiste en determinar si la NUEVA EPS vulneró los derechos fundamentales de SEGURIDAD SOCIAL, SALUD, VIDA DIGNA e INTEGRIDAD PERSONAL, de la señora MARÍA MERCEDES VARGAS CABEZA al no brindar total cobertura a efectos de practicarle la totalidad de exámenes y terapias necesarias para el desarrollo del tratamiento médico ordenado por el galeno tratante.

De esta forma y con el fin de resolver el problema jurídico planteado, se entrará a estudiar en primera medida (i) el derecho a la salud en el marco de la Ley Estatutaria de Salud (Ley 1751 de 2015); (ii) el derecho fundamental a la salud de los sujetos de especial protección constitucional (iii) el principio de integralidad y la prestación de servicios para garantizar una vida digna; (iv) requisitos para que las E.P.S. autoricen la entrega de suministros no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud; para concluir haciendo un análisis del (v) caso en concreto.

III. CONSIDERACIONES

1. Procedibilidad de la Acción de Tutela.

Como bien es sabido, la acción de tutela fue creada como un mecanismo cuya finalidad es garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas que están siendo vulnerados o amenazados. Dicha acción tiene un carácter residual, en tanto que la misma



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

procede únicamente ante la inexistencia o ineficacia de otros mecanismos judiciales que contrarresten la inminente vulneración de los derechos fundamentales de las personas¹.

Bajo este postulado, el Art. 6 del Decreto 2591 de 1991 establece que dicha acción será improcedente cuando existan otros medios de defensa judiciales como arriba se mencionó, no obstante, esta acción será procedente excepcionalmente, siempre y cuando dichos medios no resulten eficaces para salvaguardar los derechos fundamentales del accionante. Para tal efecto, el Juez constitucional deberá analizar el caso en concreto con la finalidad de determinar la eficacia de los medios de defensa judicial existentes y las circunstancias específicas en que se encuentra el accionante para invocar la protección de sus derechos a través de la tutela.

En tal sentido, la acción de tutela procede como mecanismo principal y definitivo de protección de los derechos fundamentales cuando el accionante ha acreditado que no cuenta con otros medios de defensa judicial, o que, existiendo, estos no resultan idóneos para resguardar los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados². De presentarse dicho evento, el Juez Constitucional deberá evaluar las circunstancias específicas en las que se encuentra el accionante, para determinar si en el caso en concreto los medios existentes resultan ineficaces para la protección de sus derechos.

Por su parte, esta acción constitucional procede como mecanismo transitorio en aquellos casos en los que, pese a existir otros medios de defensa alternativos, el accionante busca evitar la consumación de un perjuicio irremediable, caso en el cual la orden de tutela tendrá efectos temporales y producirá efectos hasta tanto la autoridad competente decida de fondo el respectivo caso.

De tal manera, se tiene entonces que existen dos excepciones al requisito de subsidiariedad de la acción de tutela³, una de las cuales se encuentra estrechamente ligada con la existencia de un perjuicio irremediable. Así pues, en cuanto a la naturaleza de este perjuicio y cómo identificar la existencia del mismo en un determinado caso, la Corte Constitucional ha establecido las características propias de esta figura de la siguiente manera:

*“(i) inminente, es decir, por estar próximo a ocurrir, (ii) grave, por dañar o menoscabar material o moralmente el haber jurídico de la persona en un grado relevante, (iii) que requiera medidas urgentes para conjurarlo; y (iv) que la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar el adecuado restablecimiento del orden social justo en toda su integridad”.*⁴

Para tales efectos, la Corte dispone que el Juez Constitucional deberá realizar un juicio de procedibilidad de la acción, el cual deberá ser menos estricto cuando el accionante sea un sujeto de especial protección. De tal manera lo ha dispuesto al establecer que “existen situaciones especiales en las que el análisis de procedencia de la acción debe desatarse de manera más amplia y permisiva, en atención a la especial naturaleza de las personas que solicitan la protección de sus derechos constitucionales fundamentales”⁵ (Subrayado Fuera de Texto).

Así pues, al momento de realizarse el juicio de procedibilidad, se deberán analizar las condiciones específicas del accionante como sujeto de especial protección, con miras a flexibilizar las reglas generales de procedibilidad de la acción de tutela contempladas en el Decreto 2591 de 1991⁶.

“Esta Corte ha manifestado que si bien los jueces de tutela deben ser estrictos en la aplicación de estos requisitos, para efectos de hacer valer el carácter subsidiario de la acción de tutela,

¹ Sentencia T-132 de 2006.

² Sentencia T-079 de 2016.

³ Sentencia T-029 de 2017.

⁴ Sentencia T-538 de 2013.

⁵ Sentencia T-515 de 2006.

⁶ Sentencia T.206 de 2013.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

existen situaciones en las que el análisis de procedibilidad de la tutela se debe efectuar en forma más amplia -esto es, menos estricta-, dada la naturaleza de las personas que solicitan amparo para sus derechos fundamentales: se trata de los casos en que estén de por medio los derechos de cualquiera de los sujetos de especial protección constitucional, tales como niños, mujeres cabeza de familia, ancianos, miembros de minorías o personas en condiciones de extrema pobreza. En tales situaciones, los jueces deben estudiar las características del perjuicio irremediable arriba explicadas con un criterio de admisibilidad más amplio, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad.⁷ (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Para realizar dicho análisis, el Juez de Tutela deberá tener en cuenta que este mecanismo se encuentra revestido de un carácter residual y subsidiario, para garantizar una protección inmediata de los derechos fundamentales cuando no exista otro medio de defensa eficaz para salvaguardar el derecho, o cuando esta se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable⁸.

De tal forma se tiene la acción de tutela procede de manera excepcional en los siguientes casos⁹:

"i) Cuando los medios ordinarios de defensa judicial no sean lo suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados o amenazados.

ii) Cuando a pesar de que tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se produciría un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales.

iii) Cuando el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas) y por tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela"¹⁰. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Aunado a lo anterior, se advierte que en casos como el que nos ocupa, se deberá verificar que la negativa por parte de la E.P.S. en la prestación de los servicios de salud i) vulnere la dignidad humana; ii) que tal vulneración afecte a un sujeto de especial protección constitucional; iii) y que como consecuencia de esto, se ponga a la persona en una situación de indefensión al no contar con los recursos económicos para hacer valer su derecho¹¹.

Así mismo, la acción de tutela también resulta procedente en estos casos cuando:

- a) Se niegue sin justificación la cobertura o prestación de un servicio médico incluido en el POS;
- b) Se niegue la autorización para la realización de un procedimiento, tratamiento o suministro de un medicamento excluido del POS, el cual tiene el carácter de urgente y no puede ser adquirido por el paciente, al no contar con los recursos económicos necesarios para tales efectos.

2. El derecho a la salud como derecho fundamental autónomo en el marco de Ley Estatutaria de Salud (Ley 1751 de 2015).

La Ley Estatutaria de Salud fue promulgada con el objeto de garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección, estos en

⁷ Sentencia T-015 de 2006.

⁸ Sentencia T-336 de 2009.

⁹ Sentencia T-336 de 2009.

¹⁰ Sentencias: T-656 de 2006, T-435 de 2006, T-768 de 2005, T-651 de 2004 y T-1012 de 2003.

¹¹ Sentencia T-1182 de 2008.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

desarrollo de los postulados consagrados en la Constitución Política, tal y como se reseñará a continuación.

El Art. 48 de la Carta Política define la seguridad social como “*un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. [...] Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social*”. Más adelante continúa el Art. 49 haciendo alusión a la atención de salud y a los servicios públicos a cargo del estado, garantizando el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud¹².

Al tenor de dichas normas, el derecho a la salud “*implica el acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a todos los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo [...] Así mismo, comprende la satisfacción de otros derechos vinculados con su realización efectiva*”¹³.

La concreción de tales condiciones para materializar el derecho a la salud se hace a través de la creación de escenarios en los que se permita el acceso a este derecho en todas y cada una de sus etapas, esto es, desde la promoción y la prevención, hasta el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación. Así pues, en aras de garantizar el goce efectivo del derecho a la salud, el legislador estableció en la Ley Estatutaria de Salud una serie de parámetros y obligaciones en cabeza del Estado, entre los cuales se encuentra el deber que tienen las entidades que ofrecen los servicios de salud de no agravar la situación de salud de las personas afectadas¹⁴.

En su Art. 6 la ley en comento establece los elementos y principios del derecho fundamental a la salud, los cuales deberán interrelacionarse para garantizar el goce del derecho. Entre tales principios se destacan:

“(i) la disponibilidad implica que el Estado tiene el deber de garantizar la existencia de medicamentos esenciales, agua potable, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías, instituciones de salud y personal profesional competente para cubrir las necesidades en salud de la población;

“(ii) la accesibilidad corresponde a un concepto mucho más amplio que incluye el acceso sin discriminación por ningún motivo y la facilidad para acceder físicamente a las prestaciones de salud

“(iii) la calidad se vincula con la necesidad de que la atención integral en salud sea apropiada desde el punto de vista médico y técnico, así como de alta calidad y con el personal idóneo y calificado que, entre otras, se adecue a las necesidades de los pacientes y/o usuarios”¹⁵. (Subrayado fuera de texto).

Entre otros principios, se destacan los de universalidad, *pro homine*, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia, e interculturalidad.

El principio de prevalencia de derechos hace alusión a las acciones que el Estado debe “*implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años*”¹⁶. (subrayado y negrilla fuera de texto).

¹² Sentencia T-121 de 2015.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Artículo 5 de la Ley 1751 de 2015.

¹⁵ Sentencia T-121 de 2015.

¹⁶ Literal f) del Art. 6 de la Ley 1751 de 2015.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

El principio de continuidad en el servicio implica que la atención o la prestación del servicio médico, no podrá ser suspendido al paciente, por lo cual, dicha prestación deberá ser permanente, ininterrumpida y constante. En pronunciamiento la Corte Constitucional ha expresado que “una vez haya sido iniciada la atención en salud, **debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente.**”¹⁷ (Subrayado y negrilla fuera de texto). En consecuencia, el pleno goce del derecho a la salud se logra garantizando la prestación del servicio desde el inicio, desarrollo y terminación de los tratamientos médicos hasta llegar a la recuperación del paciente.

Otro de los principios que cobra fuerza con la promulgación de la ley estatutaria es el *pro homine* que encuentra su base en la dignidad humana, y en virtud del cual, las normas deberán ser interpretadas siempre a favor de la protección y el goce efectivo de los derechos de las personas, esto con miras a propender que las disposiciones legales se transformen en mecanismos que respeten y protejan las prerrogativas para lograr garantizar una mejor calidad de vida.

La Corte Constitucional en Sentencia C-313 de 2014, mediante la cual se realizó el control previo a la Ley Estatutaria, señaló lo siguiente en cuanto a este principio y su importancia:

*“En relación con el derecho a la salud, el principio pro homine se concretaría en la siguiente fórmula: ‘**la interpretación de las exclusiones debe ser restrictiva a la vez que la interpretación de las inclusiones debe ser amplia.** (...)’¹⁸. Esta fórmula, obviamente varía si el ordenamiento jurídico supone como punto de partida para el goce efectivo del **derecho la inclusión como regla y la exclusión de servicios como excepción**”. (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Dicho esto, en lo que respecta a los requisitos y trámites previos para el otorgamiento de prestaciones o tratamientos médicos, la Corte ha concluido que el estudio de estos debe realizarse de manera laxa y flexible, esto en aras de garantizar la efectividad y pleno goce de sus derechos¹⁹ y asegurar la efectiva prestación del servicio²⁰.

En cuanto a la aludida integralidad del sistema, este “deberá brindar servicios de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, paliación y todo aquello necesario para que el individuo goce del nivel más alto de salud posible o al menos, padezca el menor sufrimiento posible. En virtud de este principio, se entiende que toda persona tiene el derecho a que se garantice su salud en todas sus facetas, esto es, antes, durante y después de presentar la enfermedad o patología que lo afecta, de manera integral y sin fragmentaciones”²¹.

De tal suerte, y a manera de síntesis se tiene que:

“(i) Los usuarios tienen derecho a acceder a los servicios y tecnologías de salud, que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad. Este derecho involucra la garantía de obtener una prestación del servicio acorde con los principios antes expuestos que permita una efectiva protección de sus derechos fundamentales.

(ii) El individuo tiene derecho a la provisión y acceso oportuno a las tecnologías y a los medicamentos requeridos, este derecho a su vez implica el acceso a todos los servicios de salud requeridos, ya sea para prevención, tratamiento o paliación, en el momento oportuno, de manera integral y con los requerimientos de calidad necesarios para garantizar su efectividad.

¹⁷ Sentencia T-234 de 2014.

¹⁸ Sentencia T-760 de 2008.

¹⁹ Sentencias T-681 de 2012 y T-133 de 2013.

²⁰ Ver Artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 acerca de la integralidad.

²¹ Sentencia T-121 de 2015.



(iii) Así mismo, el paciente tendrá derecho a agotar las posibilidades de tratamiento para la superación de su enfermedad. Sobre este derecho, la Corte explicó que deberá entenderse como la potestad del usuario de exigir los servicios de salud, no sólo los necesarios para la superación de su enfermedad, sino también aquellos vinculados con la paliación, rehabilitación, recuperación y prevención de la enfermedad²².

Conforme a lo ya mencionado por el Despacho en acápite anteriores de esta providencia, y en concordancia con lo establecido en el Constitución Política, el derecho a la salud es considerado como un derecho fundamental en sí mismo dada su naturaleza, lo cual hace viable obtener su protección a través de la acción de tutela, lo cual ha sido confirmado por la Ley 1751 de 2015 y la sentencia C-313 de 2014.

Ahora bien, tratándose del derecho a la salud La Corte Interamericana de Derechos Humanos en interpretación del artículo 4º de la Convención ha señalado:

“En virtud de este papel fundamental que se asigna al derecho a la vida en la Convención, la Corte ha afirmado en su jurisprudencia constante que los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable, y en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él. En esencia, el artículo 4 de la Convención garantiza no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino que además, el deber de los Estados de adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho.”²³

3. El principio de integralidad y la prestación de servicios para garantizar una vida digna.

El principio se encuentra consagrado en el Art. 8º de la Ley 1751 de 2015 de la siguiente manera:

“Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario”. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Este principio ha sido uno de los pilares orientadores en la prestación de los servicios de salud por parte de las entidades encargadas para tales efectos. De tal manera, la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos ha manifestado que el tratamiento de la persona no se limita únicamente a obtener la curación del padecimiento o enfermedad que lo aqueja, sino que, por el contrario, éste debe estar encaminado a que se suministren de manera pronta, efectiva y eficaz los cuidados necesarios para proporcionar al paciente el mayor bienestar posibles²⁴.

Así pues, dicho principio puede ser visto desde dos ópticas diferentes, las cuales hacen alusión a i) el concepto mismo de la salud y sus dimensiones; y ii) la cobertura total de las

²² Sentencia T-121 de 2015.

²³ <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo28.pdf>

²⁴ Sentencia T-014 de 2017.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

prestaciones médico-asistenciales requeridas para el tratamiento y mejora del estado de salud del paciente y de su calidad de vida.

De lo anterior se desprende entonces que el principio de integralidad, bajo la segunda de estas visiones, hace alusión a que el tratamiento de la enfermedad debe abarcarse desde una perspectiva integral, a partir de la cual, dentro de la efectiva prestación del servicio de salud se deben incluir todos aquellos elementos y tratamientos necesarios para mejorar las condiciones funcionales, mentales y sociales del paciente. Es decir, se debe garantizar que la calidad de vida del paciente sea cada vez más óptima, lo cual puede ser logrado a través de la implementación de mejoras en los elementos, tratamientos y procedimientos suministrados por la E.P.S., ya que en ocasiones las enfermedades padecidas por estos implican situaciones en las que se podría ver comprometida la dignidad humana de no garantizarse un acceso integral a la prestación de los servicios de salud.

Dicha perspectiva del principio de integralidad, implica e impone una obligación en cabeza del Estado y de las entidades prestadoras del servicio de salud, en virtud de la cual se deberá garantizar la prestación de los servicios de salud de manera ágil y eficiente, lo cual implica la autorización de tratamientos, medicamentos, procedimientos, insumos, exámenes y demás servicios que resulten necesarios para el tratamiento y cuidados de la enfermedad, según las órdenes y prescripciones médicas formuladas por el médico tratante.

La Corte Constitucional²⁵ ha señalado que una serie de requisitos o presupuestos que han de acreditarse en el trámite de la tutela para que sea concedida la garantía de tratamiento integral.

“Esta Corporación ha manifestado que el reconocimiento de dicho amparo requiere “(i) la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr [superar o sobrellevar] el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable, precisando que el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez de tutela. Esto, por cuanto no le es posible a la autoridad judicial dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas, pues, de hacerlo, se estaría presumiendo la mala fe de la entidad promotora de salud, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados”.

No obstante, la Corte ha identificado una serie de casos en los que se hace necesaria la intervención del Juez de tutela para garantizar la atención integral del paciente. Uno de ellos, corresponde a aquellos eventos en los que están en juego las garantías fundamentales de un sujeto de especial protección constitucional, tal y como es el caso de los niños, niñas y adolescentes. Igualmente, ha determinado que en cuando el accionante se encuentre en condiciones de salud precarias, el Juez Constitucional podrá otorgar el reconocimiento de las prestaciones que se llegaren a requerir para garantizar su atención integral.

“Esta Corporación ha reconocido recientemente la garantía del tratamiento integral para menores de edad y adultos mayores, con la finalidad de protegerlos en su especial situación de vulnerabilidad, en especial cuando la E.P.S. ha actuado negligentemente en la prestación del servicio de salud. Tales son los casos presentados en la sentencia T-445 de 2017, en donde se reconoció tratamiento integral para dos menores con parálisis cerebral, de forma que se garantizara la provisión de insumos y servicios médicos, requeridos por los mismos, no contemplados en el POS”²⁶. (Subrayado fuera de texto).

4. Requisitos para que las E.P.S. autoricen la entrega de suministros excluidos del Plan de Beneficios en Salud.

²⁵ Sentencia T-402 de 2018.

²⁶ Ibid.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

Como se dijo anteriormente, el alcance y materialización del derecho a la salud se manifiesta a través de la efectiva atención médica que se presta a los pacientes, la cual deberá implicar una cobertura integral en todas las etapas de la enfermedad, es decir, en la prevención, tratamiento, recuperación o atenuación²⁷. Bajo esta perspectiva, cuando el galeno determina que un paciente requiere la prestación de ciertos servicios médicos o suministro de determinados insumos, sin importar si estos se encuentran enlistados dentro de las exclusiones establecidas por la ley, es deber de la entidad prestadora de los servicios médicos brindar los mismos para garantizar el pleno goce del derecho a la salud de la persona.

Si bien es cierto, bajo la Ley Estatutaria de Salud, sólo se excluyen del Plan de Beneficios aquellos tratamientos o procedimientos que tengan fines estéticos, la Corte ha definido cuatro directrices a partir de las cuales se puede establecer si la prestación de servicios no incluidos dentro del POS resulta necesaria para materializar el derecho a la salud.

- “1. la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;*
- 2. el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;*
- 3. el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y*
- 4. el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo”²⁸.*

Se concluye entonces que el no suministro oportuno de insumos, tratamientos o procedimientos que sean prescritos por el médico tratante, puede llegar a constituir una violación flagrante al derecho fundamental a la salud de la persona, máxime cuando la paciente es un sujeto de especial protección constitucional, pues como se mencionó anteriormente, el principio de integralidad en materia de salud abarca el cubrimiento y prestación de todos aquellos servicios médicos que resulten necesarios para mejorar o mantener las condiciones de salud y de vida digna del paciente a lo largo de su enfermedad.

Si bien, actualmente el procedimiento requerido no se financia con cargo a la UPC (Art. 84 de la Resolución No. 5857 del 26 de Diciembre de 2018), si se advierte que la no programación oportuna de éste conlleva una vulneración de derechos fundamentales que debe ser mitigada por el Juez de Tutela, como se entrará a fundamentar al resolver el problema jurídico.

6. Cubrimiento de viáticos y gastos de transporte.

En virtud del principio de accesibilidad consagrado en el Literal c) del Art. 6 de la Ley 1751, el transporte y viáticos requeridos para asistir a las citas médicas o tratamientos prescritos por el médico tratante, constituyen un elemento de acceso efectivo en condiciones dignas, a pesar de no ser propiamente un servicio médico³¹.

La Resolución No. 3512 del 26 de Diciembre de 2019, por medio de la cual se actualizan los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capacitación - UPC, en sus Arts. 121 (transporte en ambulancia) y 122 (transporte ambulatorio) regula lo relativo al transporte o traslado de pacientes de la siguiente manera:

“Art. 122. Transporte del paciente ambulatorio. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia para acceder a una atención financiada con recursos de la UPC, no

²⁷ Sentencia T-597 de 2016.

²⁸ Sentencia T-210 de 2015, reiterada por en Sentencia T-096 de 2016.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

disponible en el lugar de residencia del afiliado, será financiado en los municipios o corregimientos con la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica.

Parágrafo. Las EPS o las entidades que hagan sus veces igualmente deberán pagar el transporte del paciente ambulatorio cuando el usuario deba trasladarse a un municipio distinto al de su residencia para recibir los servicios mencionados en el artículo 10 de este acto administrativo o cuando existiendo estos en su municipio de residencia, la EPS o la entidad que haga sus veces no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios. Esto aplica independientemente de si en el municipio la EPS o la entidad que haga sus veces recibe o no una UPC diferencial".

En consideración de lo anterior, la Corte Constitucional ha establecido las siguientes subreglas que implican la obligación de acceder a las solicitudes de traslado intermunicipal:

"i. El servicio fue autorizado directamente por la EPS, remitiendo a un prestador de un municipio distinto de la residencia del paciente³².

ii. Ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado.

iii. De no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario".

En consecuencia, el transporte ambulatorio de pacientes desde su lugar de residencia y hasta el lugar en el que se prestará la atención médica se encuentra incluido dentro del Plan de Beneficios en Salud -PBS- y será financiado en los municipios o corregimientos con la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica, con base en lo expuesto anteriormente.

"La prima adicional es "un valor destinado a los departamentos y regiones en los cuales por haber menor densidad poblacional se generan sobrecostos en la atención, entre otras razones, por el traslado de pacientes. De tal forma, en esas áreas geográficas no se cuenta con la totalidad de red prestadora especializada, ni de alto nivel de complejidad, por tanto, la necesidad de traslado a otro centro urbano donde se cubran estos servicios motiva la asignación de un pago adicional por parte del Estado". En razón de lo anterior, la Corte Constitucional ha precisado que:

"Se infiere que las zonas que no son objeto de prima por dispersión, cuentan con la totalidad de infraestructura y personal humano para la atención en salud integral que requiera todo usuario, por consiguiente, no se debería necesitar trasladarlo a otro lugar donde le sean suministradas las prestaciones pertinentes. En tal contexto (...) se presume que en el domicilio del usuario existe la capacidad para atender a la persona, pues, en caso contrario, es responsabilidad directa de la EPS velar por que se garantice la asistencia médica"³³ (Subrayado en texto original).

En tal sentido, la Corte estableció dos subreglas a aplicar en los casos en que se requiera el transporte ambulatorio intermunicipal: "(i) en las áreas a donde se destine la prima adicional, esto es, por dispersión geográfica, los gastos de transporte serán cubiertos con cargo a ese rubro"³⁴; (ii) "en los lugares en los que no se reconozca este concepto se pagarán por la unidad de pago por capitación básica"³⁵.

Sin embargo, a pesar de que en algunos eventos el transporte se encuentra incluido dentro del Plan de Beneficios en Salud -PBS, existen otras circunstancias que pese a encontrarse excluidas, el traslado de la persona cobra vital importancia en aras de garantizar su salud y estabilidad. Es así que al Juez de Tutela le corresponde analizar las particularidades de cada caso para así poder determinar la urgencia de la solicitud y la carencia de recursos



económicos para asumir dichos gastos por parte del afiliado, y de esta manera imponer en cabeza de la EPS la obligación de suministrar los gastos derivados de los traslados.

5. La atención domiciliaria: el servicio de enfermería y el cuidador

De conformidad con la Ley 1751 de 2015, el Estado a través de sus organismos deberá disponer los mecanismos a para la prestación y acceso a los servicios de salud; en normatividad reciente, se estipulan aquellos insumos y servicios que se financian mediante la UPC y aquellos que se excluyen del PBS. Tales normatividades son la Resolución 5857 de 2018 que señala en su artículo 26 como una alternativa a la atención hospitalaria institucional, otorgada por el médico tratante, destinados a la recuperación del paciente:

“De conformidad con esto, debe entenderse que se trata de un servicio médico que debe ser específicamente ordenado por el galeno tratante del afiliado y que su suministro depende de unos criterios técnicos-científicos propios de la profesión que no pueden ser obviados por el juez constitucional, por tratarse de una función que le resulta completamente ajena.”²⁹

Por su parte, según la resolución 1885 de 2018 se define el cuidador como aquel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que lo anterior implique sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS o EOC por estar incluidos en el Plan de Beneficios en Salud cubierto por la UPC. Es decir, el apoyo físico y/o emocional dirigido a personas que por sus condiciones físicas/psicológicas no pueden realizar las actividades básicas para su subsistencia:

“Por otro lado, en lo que concierne al servicio de cuidador de personas en situación de dependencia, resulta necesario realizar las siguientes menciones: (i) Por lo general son sujetos no profesionales en el área de la salud, (ii) en la mayoría de los casos resultan ser familiares, amigos o personas cercanas de quien se encuentra en situación de dependencia, (iii) prestan de manera prioritaria, permanente y comprometida el apoyo físico necesario para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria de la persona dependiente, y aquellas otras necesidades derivadas de la condición de dependencia que permitan un desenvolvimiento cotidiano del afectado, y por último, (iv) brindan, con la misma constancia y compromiso, un apoyo emocional al sujeto por el que velan.”³⁰

En este sentido, el cuidador es un servicio que no puede ser catalogado como médico en razón a la calidad que ostenta; es por ello que en reiterada jurisprudencia constitucional se ha establecido que este servicio se encuentra en el limbo, pues no se ha señalado que el mismo sea un servicio con cargo a la UPC empero no se ha excluido expresamente del PBS según las resoluciones anuales expedidas por el Ministerio de Salud, entre las más recientes la Resolución 5267 de 2017 y la última resolución expedida en 2018 con 14 exclusiones para el año 2019.

Como quiera que el servicio de cuidador se encuentra en las condiciones previamente referidas, se ha establecido que en principio este servicio debe ser garantizado primeramente por la familia del paciente, en virtud del principio de solidaridad estipulado en la Constitución Política:

“Conforme lo anterior, los miembros del hogar deben solidarizarse y atender al ser querido en situación de dependencia si lo que este requiere es, no por ejemplo servicio de enfermería, sino solamente alguien que lo cuide y le facilite llevar a cabo sus actividades elementales ordinarias, y la E. P. S. ha suministrado una orientación previa acerca del modo en que se deben realizar esos cuidados. Pero además, es deber de la familia solo si se trata de una carga susceptible de ser sobrellevada por ella, atendidas las circunstancias materiales en que se encuentra.”³¹

²⁹ Corte Constitucional Sentencia T-065 de 2018

³⁰ Corte Constitucional Sentencia T-154 de 2014

³¹ Corte Constitucional Sentencia T-065 de 2018



Para esta Corte, los deberes de solidaridad descritos no obligan a los miembros del núcleo familiar, esto es, los primeros llamados a ejercer la función de cuidadores, a sacrificar definitivamente el goce efectivo de sus derechos fundamentales en nombre de las personas a quienes deben socorrer, pues no se estima proporcionado exigirles que, con independencia de sus circunstancias particulares, deban asumir obligaciones cuyo cumplimiento les resulta imposible.”³²

No obstante lo anterior, la carga del servicio de cuidador puede ser trasladada al Estado, en aquellos eventos en que existe imposibilidad material para que la familia asuma el cuidado del paciente, tales circunstancias son (i) *no cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por (a) falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o (b) debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (ii) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio.*³³ En estos casos, es procedente la acción de tutela para el servicio de cuidadores, pues en este punto es el Estado quien asume la prestación del servicio.

IV. CASO CONCRETO.

La señora **MARIA MERCEDES VARGAS CABEZA**, actuando mediante su hija **MARIA DANIELA GÓMEZ VARGAS**, presentó solicitud de tutela contra **LA NUEVA EPS**, invocando la protección de sus derechos fundamentales de **SEGURIDAD SOCIAL, SALUD, VIDA DIGNA e INTEGRIDAD PERSONAL**, los cuales considera vulnerados por cuanto la **NUEVA EPS** no ha brindado a la señora Vargas Cabeza tratamiento integral.

En concreto, los suministros, tratamientos y citas médicas solicitadas por la accionante son las siguientes: i) realización a domicilio de los exámenes de Hemografía IV con histograma met automático, Nitrógeno ureico BUN/r, Creatinina en suero y en otros fluidos-Sodio/r, Potasio/r-Cloro, Magnesio/r, Resonancia magnética de columna cervical simple, Resonancia magnética de columna torácica simple, Resonancia magnética de columna lumbosacra simple, Resonancia magnética de base de cráneo o silla turca. ii) controles con los especialistas de Neurología y endocrinología del Hospital Universitario San José que operaron y trataron a la accionante. iii) brindar transporte apto para silla de ruedas para la accionante y su acompañante, para la realización de exámenes médicos, citas médicas, resonancias magnéticas, exámenes de sangre, laboratorios, terapias u otros requerimientos para su tratamiento y diagnóstico durante el tiempo que lo requiera y hasta que el médico tratante lo determine, ida y vuelta desde su domicilio: carrera 73^a No. 63 - 73 Urbanización el portal Casa 47 Barrio Normandía Bogotá hasta el Hospital Universitario San José Ubicado en la Carrera 52 No. 67^a-71. iv) Pañales talla L ultra-absorbentes, guantes, elementos de curación, pañitos húmedos durante el tiempo que lo requiera y hasta que el médico tratante lo determine. v) brindar asistencia integral oportuna en el Hospital Universitario San José; vi) servicio de cuidador por doce (12) horas a María Mercedes Vargas Cabeza.

Como sustento de las pretensiones consta en la Historia Clínica, que la accionante se encuentra diagnosticada con **ADENOMA DE HIPOFISIS SECRETOR DE ACTH, SINDROME DE CUSHING, HIPERTENSIÓN ARTERIAL, HIPOTIROIDISMO, DIABETES MELLITUS, DESNUTRICIÓN PROTEICOCALORICA.**

La entidad accionada en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones de la tutela, argumentado en primer lugar que todos los tratamientos y citas médicas se han venido autorizando y prestando de manera oportuna a la accionante, igualmente frente a los elementos de protección personal como lo son pañales talla L ultra absorbentes, guantes, elementos de curación, pañitos húmedos, transporte apto para silla de ruedas, están

³² Corte Constitucional Sentencia T-121 de 2015

³³ Ibidem



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

excluidos expresamente por la Resolución 244 de 2019 en concordancia con la Resolución 2481 de 2020. Que si bien pueden ser requeridos por la parte accionante para su protección personal diaria no hacen parte de un tratamiento médico por lo tanto no están llamados a prosperar.

Una vez hecho el estudio acerca de los temas planteados en el problema jurídico fijado, se procede a analizar la jurisprudencia referida con el presente caso.

Conforme a la historia clínica de la accionante, advierte el Despacho que las múltiples enfermedades diagnosticadas a la señora María Mercedes Vargas Cabeza, y la gravedad y estado avanzado de las mismas, afectan su nivel y calidad de vida en condiciones dignas, así como su facultad de locomoción, que según el índice de Barthel la situación de la paciente es de dependencia total (10 puntos), de manera que se encuentra en cama sin poder movilizarse, con posterior atrofia muscular, por estado en cama con escaras en región glútea, uso de pañal por incontinencia.

Dada la precaria y grave condición médica de la accionante, y teniendo en consideración sus antecedentes médicos, puede inferir el Despacho sin lugar a dudas que el tratamiento de su enfermedad requiere una serie de medicamentos, insumos, tratamientos, exámenes y consultas que hacen procedente la solicitud de tratamiento integral frente a su diagnóstico.

Ha de mencionarse que la NUEVA EPS en su escrito de contestación de tutela, en nada hace referencia a la solicitud de permanencia del tratamiento médico a seguir en el Hospital Universitario San José que desde el inicio se le ha tratado su diagnóstico, siendo trasladada a la Fundación Cardioinfantil en el que hasta ahora avocan conocimiento de la situación médica de la accionante retrotrayendo la realización de exámenes médicos y dificulta en mayor medida el transporte de la accionante.

En ese sentido, la Corte Constitucional, en desarrollo del principio de libre escogencia, ha señalado que se trata de un derecho de doble vía, pues, por un lado, constituye una *“facultad que tienen los usuarios para escoger las EPS a las que se afiliarán para la prestación del servicio de salud y las IPS en la que se suministrarán los mencionados servicios”*, mientras que, por otro lado, es una *“potestad que tienen las EPS de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y la clase de servicios que se prestarán a través de ellas”*³⁴

Así mismo, ha establecido la Corte Constitucional que en el ejercicio de tal libertad de escogencia por parte de las E.P.S. para efectuar cambio de la I.P.S., en la que venía prestando los servicios de salud debe cumplir con cuatro obligaciones, a saber: *“a) que la decisión no sea adoptada en forma intempestiva, inconsulta e injustificada, b) acreditar que la nueva IPS está en capacidad de suministrar la atención requerida, c) no desmejorar el nivel de calidad del servicio ofrecido y comprometido y d) mantener o mejorar las cláusulas iniciales de calidad del servicio prometido, ya que no le es permitido retroceder en el nivel alcanzado y comprometido”*³⁵.

De manera que procede el despacho a verificar si la EPS accionada demostró haber dado cumplimiento a tales obligaciones.

(i) Que la decisión no sea adoptada en forma intempestiva, inconsulta e injustificada

No encuentra el Despacho prueba alguna de previa consulta que se haya efectuado a la accionante respecto del cambio de IPS, pues lo que manifiesta la actora en el escrito de tutela, fue trasladada para el desarrollo del tratamiento médico a la Fundación Cardioinfantil, cuando

³⁴ Corte Constitucional Sentencia T – 145 de 2013 reiteradas en las sentencias T – 171 de 2015 y T – 069 de 2018.

³⁵ Corte Constitucional T – 286 A de 2012



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

todo el proceso y tratamiento médico de su patología ha sido adelantada desde el inicio en el Hospital Universitario San Ignacio.

Es de advertir que la manifestación de la accionante no fue desvirtuada por la EPS, pues como se dijo, no hizo manifestación alguna al respecto y además en el plenario no obra alguna comunicación dirigida a la accionante, previa reasignación de la nueva IPS, por lo que considera este juzgador que la decisión adoptada por la NUEVA EPS se efectuó de forma inconsulta, intempestiva e injustificada.

ii) acreditar que la nueva IPS está en capacidad de suministrar la atención requerida

La capacidad de la IPS es una condición que debe acreditar la EPS, y ante la ausencia de prueba por parte de la entidad, se infiere que la NUEVA EPS, no ha efectuado una valoración comparativa de las calidades entre una y otra IPS, es decir no acreditó la capacidad de la Fundación Cardioinfantil para atender el tratamiento médico que requiere la accionante, máxime cuando el cambio de IPS implica la regresión o reinicio en el desarrollo del mismo y por ende graves afectaciones en la integridad de la accionante al dilatar y postergarse tanto el diagnóstico como el seguimiento de las condiciones de la salud de la afiliada.

iii) No desmejorar el nivel de calidad del servicio ofrecido y comprometido

Considera este juzgador constitucional que el actuar de la NUEVA EPS, genera interrupciones injustas, arbitrarias y desproporcionadas, dilatando, un servicio médico que la accionante requiere con urgencia, lo cual afecta la integralidad y continuidad del tratamiento ordenado, poniendo en riesgo la salud de la señora María Mercedes Vargas Cabeza, constituyendo así, una desmejora en el nivel de calidad del servicio de salud.

iv) Mantener o mejorar las cláusulas iniciales de calidad del servicio prometido, ya que no le es permitido retroceder en el nivel alcanzado y comprometido.

En este sentido, considera este juzgador constitucional que las modificaciones que en el curso del tratamiento médico de la señora María Mercedes Vargas Cabeza, llegaré a efectuar la NUEVA EPS por situaciones administrativas o contractuales, desatendiendo las indicaciones y ordenes médicas que determine el médico tratante de la accionante, constituyen la interrupción injustificada del tratamiento y por ende, la vulneración de los derechos fundamentales a la salud, vida e integridad personal de la accionante, en tanto, los conflictos administrativos o contractuales no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados, tal como lo estableció la Corte Constitucional y además la EPS no cumplió con las obligaciones establecidas para efectuar el cambio de IPS, conforme quedo expuesto.

Así las cosas, se ordenará a la NUEVA EPS garantizar la integralidad y continuidad hasta la finalización óptima del tratamiento ya iniciado a la señora María Mercedes Vargas Cabeza y en tal sentido, efectuar de manera inmediata la totalidad de procedimientos médicos ordenados, en las condiciones señaladas por el médico tratante, en el Hospital Universitario San Ignacio.

Ahora bien, atendiendo a las actuales condiciones del sistema de salud, dado el estado de emergencia decretado en aplicación del artículo 215 de la Constitución Política, será el médico tratante quien valore las condiciones de capacidad y calidad de la institución de salud asignada para efectuar cada uno de los procedimientos médicos ordenados.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

Por otra parte, frente a la entrega de insumos y la práctica de exámenes domiciliarios, dando aplicación al principio de continuidad (Literal d) del Art. 6 de la Ley 1751 de 2015), se ordenará la entrega de los insumos requeridos por la accionante tales como Pañales talla L ultra-absorbentes, guantes, elementos de curación, pañitos húmedos, así como la realización a domicilio de los exámenes de Hemografía IV con histograma met automático, Nitrógeno ureico BUN/r, Creatinina en suero y en otros fluidos-Sodio/r, Potasio/r-Cloro, Magnesio/r, Resonancia magnética de columna cervical simple, Resonancia magnética de columna torácica simple, Resonancia magnética de columna lumbosacra simple, Resonancia magnética de base de cráneo o silla turca. Los controles con los especialistas de Neurología y endocrinología, siempre y cuando sea técnicamente posible realizarlos por vía domiciliaria.

De igual manera, se ordenará a la NUEVA EPS realizar una Junta Médica con los especialistas en las áreas de urología, nefrología, cuidados paliativos, nutrición y dietética, medicina interna, medicina general, fonoaudiología y fisioterapia, a fin de determinar las cantidades requeridas de estos insumos en adelante, más no su necesidad, esto teniendo en cuenta que la gravedad de las enfermedades de la accionante hace que su tratamiento se encuentra encaminado a la estabilización y paliación de estas. Lo anterior, sin perjuicio de que el diagnóstico de las enfermedades padecidas por la señora María Mercedes Varga Cabeza cambie de manera favorable.

En cuanto al transporte para asistir a las citas médicas, tratamientos y exámenes que llegare a requerir la accionante, se debe tener en cuenta que por su condición de salud, el riesgo de caídas y su precario estado de movilidad, la utilización del transporte público no resulta ser un medio que garantice la preservación de sus condiciones de salud, aunado a que por las condiciones económicas no puede asumir los costos del mismo, pues percibe una pensión de vejez cuya mesada pensional equivale a un (1) SMLMV, ingreso económico que no es suficiente para sufragar sus gastos de vivienda y alimentación y manutención.

Con base en la jurisprudencia anteriormente reseñada, hay lugar entonces a conceder el transporte médico ambulatorio solicitado, esto en atención a las especiales condiciones médicas de la accionante, en concreto la dificultad que presenta la accionante para movilizarse, frente aquellos exámenes y citas que no puedan cubrirse vía domiciliaria.

Ahora bien, en lo que respecta a la capacidad económica de la accionante para asumir los gastos del traslado, al haberse afirmado en el escrito de tutela que los recursos percibidos resultan ser insuficientes, se invierte la carga de la prueba correspondiendo a la EPS desvirtuar dicha circunstancia³⁷.

iii. En lo relativo al tratamiento integral, como se mencionó de manera precedente, en principio para que en sede de tutela se conceda la garantía de tratamiento integral se requiere una orden del médico tratante en la que se especifiquen los procedimientos, tratamientos o medicamentos requeridos por el paciente. A pesar de esto, la Corte ha reconocido casos particulares en los que procede la garantía de tratamiento integral cuando la EPS ha actuado de manera negligente en la prestación de un servicio.

Ahora bien, respecto del servicio de cuidador aclara este Despacho que según las pruebas aportadas es claro que la señora María Mercedes Vargas Cabeza requiere el servicio de cuidador, con criterios específicos para el apoyo en alimentación, movilización, aseo y suministro de medicamentos teniendo en cuenta la calificación en la escala de Barthel. Por tanto no son de recibo los argumentos de NUEVA EPS, frente a la negativa de prestar el servicio de cuidador por no contar con criterios específicos y frente a tal servicio por encontrarse excluido del PBS, pues existen diferencias entre el servicio de enfermería y cuidador, aclarando que los mismos no se excluyen entre sí, y que el último aunque sea una carga que le asiste a la familia en virtud del principio de solidaridad, puede ser trasladada al Estado si la familia se encuentra imposibilitada materialmente para ejercer esta labor,



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

como lo es en el caso concreto, pues la accionante es una persona que no cuenta con los recursos para el servicio particular, como se indicó su único ingreso lo constituye una mesada pensional equivalente a 1 SMLMV y su hija MARIA DANIELA VARGAS GÓMEZ quien actúa en la presente acción como Agente Oficiosa, es hija única, es estudiante universitaria y necesita realizar sus prácticas presenciales. De manera que la falta de un cuidador que le apoye para el cuidado de su madre es absolutamente necesario para además de garantizar la protección de los derechos fundamentales de la accionante, también evitar frustrar el desarrollo del proyecto de vida de María Daniela.

Así entonces, para garantizar el pleno goce del derecho a la salud de la accionante, resulta imprescindible ordenar el tratamiento integral que garantice que la prestación del servicio de salud se haga de forma oportuna, efectiva, completa, continua y sin dilaciones de carácter administrativo. Es decir, la NUEVA EPS deberá prestar diligentemente la atención en salud en lo relativo a procedimientos, exámenes, consultas, terapias, tratamientos, intervenciones, cuidador, medicamentos y entrega de insumos sin imponer demoras injustificadas ni obstáculos administrativos.

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y TRES LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y mandato de la Constitución.

IV. RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER EL AMPARO de los Derechos Fundamentales de Seguridad Social, Salud y Vida Digna vulnerados a **MARIA MERCEDES VARGAS CABEZA** identificada con la CC. No. 28.149.379 conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al Dr. **LIBARDO CHÁVEZ GUERRERO** en cabeza de la **GERENCIA REGIONAL** de la **NUEVA EPS** que dentro de las **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a **ENTREGAR** a la señora **MARIA MERCEDES VARGAS CABEZA** Pañales talla L ultra-absorbentes, guantes, elementos de curación, pañitos húmedos.

TERCERO: ORDENAR al Dr. **LIBARDO CHÁVEZ GUERRERO** en cabeza de la **GERENCIA REGIONAL** de la **NUEVA EPS** que dentro de las **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a tramitar la realización a de los exámenes de Hemografía IV con histograma met automático, Nitrogeno ureico BUN/r, Creatinina en suero y en otros fluidos-Sodio/r, Potasio/r-Cloro, Magnesio/r, Resonancia magnética de columna cervical simple, Resonancia magnética de columna torácica simple, Resonancia magnética de columna lumbosacra simple, Resonancia magnética de base de cráneo o silla turca, así como los controles con los especialistas de Neurología y Endocrinología.

CUARTO: ORDENAR a la **NUEVA EPS** realizar una **JUNTA MÉDICA** con los especialistas en las áreas de UROLOGÍA, NEFROLOGÍA, CUIDADOS PALIATIVOS, NUTRICIÓN Y DIETÉTICA, DERMATOLOGÍA, MEDICINA INTERNA, MEDICINA GENERAL, FONOAUDIOLOGÍA y FISIOTERAPIA, a fin de determinar las cantidades requeridas en adelante de estos insumos, más no su necesidad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: ORDENAR a la **NUEVA EPS** que, siempre que haya lugar al desplazamiento de la accionante, autorice su traslado y el de su acompañante desde su lugar de residencia hasta el lugar en el que deba acceder al tratamiento, exámenes y citas médicas.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

SEXO: ORDENAR al Dr. LIBARDO CHÁVEZ GUERRERO en cabeza de la GERENCIA REGIONAL de la NUEVA EPS que dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) HORAS siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a realizar las gestiones necesarias para AUTORIZAR Y SUMINISTRAR a la señora MARIA MERCEDES VARGAS CABEZA EL SERVICIO DE CUIDADOR(A) DOMICILIARIO (A) DOCE (12) HORAS.

SÉPTIMO: ORDENAR a NUEVA EPS que, según las indicaciones y prescripciones de los médicos tratantes adscritos a la entidad, SUMINISTRE el TRATAMIENTO INTEGRAL de forma OPORTUNA, EFECTIVA, COMPLETA, CONTINUA Y SIN DILACIONES DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO que requiera la señora MARÍA MERCEDES VARGAS CABEZA para el manejo, estabilización, control y paliación de las enfermedades a ella diagnosticadas, ADENOMA DE HIPOFISIS SECRETOR DE ACTH, SINDROME DE CUSHING, HIPERTENSIÓN ARTERIAL, HIPOTIROIDISMO, DIABETES MELLITUS, DESNUTRICIÓN PROTEICOALORICA. En especial se deberá dar tratamiento con las especialidades de UROLOGÍA, NEFROLOGÍA, CUIDADOS PALIATIVOS, NUTRICIÓN Y DIETÉTICA, DERMATOLOGÍA, MEDICINA INTERNA, MEDICINA GENERAL, FONOAUDIOLOGÍA Y FISIOTERAPIA, conforme a la historia clínica de la accionante.

OCTAVO: NOTIFICAR a las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

NOVENO: REMITIR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en el evento de no ser impugnado el fallo; de lo contrario, deberá enviarse el expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, para que sea sometida a reparto entre los Magistrados de todas y cada una de las Salas que lo conforman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JULIO ALBERTO JARAMILLO ZABALA
JUEZ